

Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Procuradora de Justiça - MG

“Um Código Civil não é obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização, brilhante ou modesta, de um povo.”

José de Alencar, citado por Clóvis Beviláqua

INTRODUÇÃO

Ao iniciar a sua exposição sobre o Código Civil de 1916, o seu principal futor, Clóvis Beviláqua esclarecia que “as codificações, além de corresponderem às *necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos que, no isolamento, se não desenvolveriam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias que só poderiam prejudicar, na sua ação dispersiva*”¹.

Refletia-se, naquela exposição, o entendimento que prevalecia então sem qualquer questionamento quanto à necessidade, conveniência e operacionalidade das codificações.

Expondo toda a tramitação do Código Civil que se promulgava naquele ano, Clóvis refletia sobre os noventa e seis anos de ausência de uma legislação civil brasileira. Anunciado desde a Independência do Estado nacional, em 1822, o Código Civil fora objeto de determinação constitucional específica em 1824 quanto à sua formulação e somente viera a lume sob a égide já de uma outra Constituição, a primeira Republicana, que expunha um Brasil diferente daquele primeiramente pensado quando da independên-

¹ BEVILÁQUA, Clóvis – *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, t. I, p. 11.

cia e que transitara por profundas transformações em suas instituições políticas e jurídicas.

É outro tempo, outro século, outro Brasil. Há outro Código Civil em vigor desde 11 de janeiro de 2003. Noventa anos depois dos debates que constituíram preocupação primeira da comunidade jurídica brasileira, nova onda de discussões impõe-se sobre a nova legislação civil. Diversamente daquele primeiro diploma, que se fez objeto de um grupo restrito de juristas, advogados, magistrados e pensadores atentos a uma legislação específica, a mudança da sociedade permitiu a democratização do direito. Os debates sobre o Direito e os direitos já não se atêm à soleira das portas de faculdades de direito ou dos tribunais, senão que ganhou ruas, praças e fez-se linguagem de todo o povo. Todos querem saber como e para que o Código Civil vem lhes aportar mudanças na vida e nas relações sociais.

Como naquele primeiro documento promulgado, pode-se dizer que ainda nos albores do século XX – uma vez que sequer se tinha completado a segunda década daquele período –, também agora a marca havida nesta vista inicial do novo Código é a polêmica.²

Nada de novo e também nada de mais. Afinal, tudo quanto toca de uma forma mais direta a vida das pessoas suscita opiniões, razões diversas, propostas diferentes e exposições distintas. É da liberdade que a cada um é dado opinar e que se sustente o que se lhe pareça melhor.

O único cuidado que me parece necessário atentar e promover de imediato com a lei nova é o que sustenta Pontes de Miranda, segundo o qual há que se haver com simpatia em relação a uma nova norma, porque com antipatia não se interpreta, combate-se. O que se há de buscar, parece-me, é que a nova legislação chegue a uma aplicação justa, que seja um instrumento competente para concretizar os melhores ideais de uma sociedade solidária e livre, tal como determina, em seus princípios fundamentais, a Constituição da República de 1988, sob a égide da qual sobrevém o novo

² Relatava Clóvis Beviláqua, quando do advento do Código Civil de 1916, que “*publicado o Código Civil, houve, no país, um duplo movimento. A maior parte dos brasileiros regozijaram-se com a terminação do trabalho, que se não supunham perfeito, consideravam satisfatório, e em melhores condições do que as leis dispersas, desconexas e antiquadas que antes regulavam as nossas relações civis. ... Na corrente oposta, foi figura proeminente Lacerda de Almeida, que está em desarmonia integral com o Código Civil: quando este realiza um avanço em relação ao direito anterior, acha que se devera, antes, ter mantido a sabedoria da tradição e quando não se atira a inovações, censura-o por ficar petrificado, criando obstáculos ao progresso do direito*” (Op. cit., t. I, p. 61).

Código Civil. Muda-se, sempre, em busca de aperfeiçoamento dos institutos e das instituições. Cuidando-se do ofício do direito, esta tarefa e objetivo não são afeitos exclusivamente ao legislador, senão que principalmente ao intérprete, ao aplicador da norma, ao advogado e ao magistrado. Boa vontade com lei nova é o mínimo que se pode pedir de quem tem o dever de ter esperança de que o direito não se frustrou, e que mesmo nesta nova civilização conturbada e num mundo em ruínas de tudo o que lhe antecedeu e faz-se uma vertigem de mudanças permanentes e desenfreadas rumo ao desconhecido, deve acreditar que o direito pode propiciar segurança à pessoa, mesmo no incerto da vida.

I – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS RAMOS DO DIREITO

O direito civil do séc. XIX e início do XX guardava, ainda, a condição herdada dos Antigos, sendo o *direito comum*, tanto significando o veio mestre do Direito, do qual partiam as demais instituições jurídicas, de onde brotavam os institutos, legatários das idéias contidas nas leis civis.³

O avanço do movimento de publicização das instituições e dos institutos jurídicos, as transformações havidas nas relações dos indivíduos no Estado e com o Estado, determinando a submissão do ente do Poder Público ao direito e definindo os contornos novos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, em especial, determinaram a autonomização dos ramos públicos do Direito.

Em especial, deve ser realçado que a constitucionalização dos diversos campos de especialização do Direito determinou uma mudança de rumo da corredeira à foz, enaltecendo a condição do direito constitucional de raiz e tronco dos quais brotam os ramos e segundo os quais se dão os frutos do direito cultivado. Todos os ramos surgidos do direito constitucional de um

³ Leciona Caio Mário da Silva Pereira que a expressão *direito civil* experimenta mudanças de significado no tempo, tendo sido considerado, no direito romano, “...*que considerava o direito em razão de suas condições peculiares ... o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes e, rigorosamente, correspondia a direito quiritário, ius quitium. ... de um lado correspondia ao sistema dos princípios tradicionais, em contraposição ao ius honorarium, de elaboração pretoriana; ao sistema nacional, e em antinomia ao ius gentium...*”(PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. I, p. 31). Na Idade Média, é ainda aquele grande civilista que demonstra ter tido o direito civil o entendimento de ser o corpo jurídico-normativo a se contrapor ao direito canônico, tendo o direito inglês feito distinção entre o *civil law*, que correspondia ao direito romano tomado como referência, enquanto a denominação mais restritiva, tal como agora aproveitada no direito ocidental, é invocada pela expressão *private law*. (Idem, *ibidem*)

povo fluíram para uma condição de dependência do quanto plantado nos fundamentos jurídico-normativos havidos somente na Constituição.

Aquela condição de quase supremacia – vinculada à idéia de ser o tronco jurídico contenedor da seiva viva de todas as instituições –, que antes detinha o direito civil, cedeu lugar para o direito constitucional a partir do Estado moderno liberal. A explicação é simples. O Direito, no Estado absolutista, não tocava o Estado, menos ainda o governante. As relações de administração eram desenvolvidas entre particulares, não tangenciando os entes do Poder Público.⁴ A submissão do Estado ao direito (idéia chave do Estado de Direito) determinou que os ramos do direito público, e, muito mais, o constitucional, no qual se estrutura e organiza o Poder Público e segundo o qual esse desenvolve as suas competências, transformou todo o direito, fazendo florescer os regimes jurídicos de direito público, cuidados em sede própria e formalizando-se em documentos específicos.

À parte a mudança na estrutura estatal, a determinar o fortalecimento das instituições e dos institutos de direito público e, paralela e necessariamente, uma grande transformação nas idéias fundamentais de sistema e ordenamento jurídico, e, no sistema, das relações entre os diversos ramos do direito, também há que se acentuar a modificação havida no papel a ser desempenhado pela pessoa humana e pelos agentes, órgãos e entidades públicos. Relevo deve ser dado ao papel do juiz, o qual, dotado de competência para interpretar e reinterpretar para manter viva a norma e atualizado e necessário o direito para a sociedade, teve-se uma reversão nas idéias que prosperaram e se sedimentaram entre os Antigos e, mesmo, no Estado moderno absolutista.

Tudo isto e mais a democratização social, que também contribuiu decisivamente para que se ampliassem não apenas os debates sobre a política do direito e o direito da política mas o universo dos que discutem e

⁴ Segundo Seabra Fagundes “a preeminência das instituições de Direito Privado na cronologia da evolução do Direito, resultante da estrutura absolutista do Estado, que levava o poder público à fuga da disciplina jurídica, enquanto caminhava para a regulação legal das relações entre os indivíduos como pessoas privadas – do que é típico o fenômeno do Estado romano, com um legado magnífico de princípios jurídicos para o Direito Civil, e praticamente sem nada de notável transferido aos pósteros em matéria de Direito Público – fez que o Direito Administrativo, o direito através do qual se dinamizam, por excelência, as relações do binômio Estado-indivíduo, tivesse na legislação civil a origem de algumas das suas principais instituições, dela recebendo-as por cissiparidade...” (FAGUNDES, M. Seabra – “Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo”. In **Revista Forense**, p. 1).

lutam pela conquista de novos direitos, forçaram a que as Constituições materializassem objetos antes lançados na condição de matéria infraconstitucional, a ser pensada e formalizada, se e quando fosse o caso, de ser transformada em lei, na área de competência do legislador.

A Constituição mudou, porque o mundo mudou e o Direito não é para o tempo que foi, mas para o que é e o que se prepara para vir. Esta talvez seja, dentre outras, razão que põe em causa hoje até mesmo a validade e a atualidade necessária das codificações, incluídas as de matéria civil.

A importância da Constituição na vida das pessoas, a condição de fundamentalidade das matérias ali formalizadas, especialmente no que concerne à dignidade que se quer garantir para todos como justificativa maior do Estado, aliada à obrigatoriedade de se vincular a conduta estatal – aí incluído o legislador infraconstitucional – à ideologia de Justiça estabelecida no sistema constitucional, obrigando todos a dar-lhes efetividade jurídica e acatamento administrativo, contribuiu, decisiva e incontornavelmente, para que o Direito se mostrasse integralmente redimensionado. As Constituições contemporâneas ganharam não apenas em extensão e largueza formal, sendo essas características decorrência do quanto havido na sociedade sobre o que se considera fundamental.

Assim, a família que não era objeto de muito cuidado constitucional, sendo, em geral, apenas mencionados nos primeiros textos constitucionais, os sujeitos de direitos sociais, como as crianças, os adolescentes, os velhos, etc., os direitos difusos, que antes não eram sequer mencionados, tendo galgado reconhecimento inicial na legislação infraconstitucional, tantos os assuntos que antes eram legados aos legisladores passaram a ser objeto de cuidado dos constituintes.

No Brasil, as Constituições sempre foram minudentes em seus preceitos.⁵ O direito de propriedade nunca deixou de ser objeto de cuidado, considerado como sempre foi um dos direitos fundamentais individuais, mas a seu lado sempre compareceram institutos como o da empresa, ainda que referente ao patrimônio público, desde 1934, o do trabalho, dentre outros.

A Lei Fundamental do Brasil de 1988, entretanto, inaugurou uma fase inédita do constitucionalismo pátrio. Saudada por muitos como cidadã,⁶

⁵ Exemplo disto é que a de 1824, outorgada em período tipicamente liberal e sob o pálio do autoritarismo então prevalecente, nem por isso deixou de mencionar o que somente viria a ser conquista sedimentada na fase de Estado social, como é o direito à educação fundamental obrigatória, gratuita e a ser prestada como dever do Estado (art. 179, 32).

⁶ Título que lhe foi atribuído por Ulysses Guimarães, Presidente do Congresso Constituinte e que se difundiu amplamente.

criticada por outros como analítica, demasiado longa etc., se não foi unanimidade quanto a seus termos, foi plenamente aceita quanto à sua necessidade. E não apenas pelas contingências políticas então vivida pelos brasileiros, e que era refletida no documento decaído em 1988, como, ainda, pela inadequação dos textos anteriormente vigentes às normas e ao próprio modelo adotado pelo direito contemporâneo.⁷

A Constituição deixou de ser um documento jurídico-normativo fundamental *com* princípios e passou a ser um documento fundamental jurídico-normativo *de* princípios. Do constitucionalismo de preceitos chegou-se ao constitucionalismo de princípios, tidos como necessários, autônomos e obrigatórios com força normativa imperativa e vinculante a todos, incluídos os legisladores, como é óbvio.

De Carta de Liberdades passou a Lei Fundamental da Libertação. De Lei Fundamental do Estado passou a Constituição do Povo. O direito infraconstitucional não poderia negar-se a acatar tais mudanças: são elas a base do novo sistema jurídico e o fortalecimento dos sistemas de controle de constitucionalidade determinou a curvatura de todos a esta constitucionalização de todos os ramos do direito. Não há desimportância dos ramos do direito, cuidados em nível infraconstitucional. Ao contrário, o que se tem é, bem diversamente, uma constitucionalização das matérias que afetam a pessoa, tendo cabido o cuidado básico dos seus termos na sede base do direito positivo.

II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

A) Uma palavra inicial, ainda que brevíssima, deve ser lembrada sobre a Lei de Introdução ao Código Civil.

Código Civil novo, Lei de Introdução velha. Estaria mesmo ela velha materialmente como os seus sessenta anos de vigência poderiam fazer inicialmente supor?⁸

⁷ As características que dominam a Constituição do Brasil de 1988 são as mesmas que envolvem, com as peculiares condições de cada qual, as Constituições promulgadas mais recentemente em todo o mundo, quanto à sua matéria e quanto à sua forma mais extensa do que anteriormente aproveitado como modelo.

⁸ A denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* é, formalmente, um Decreto-lei (n. 4657) e data de 4 de setembro de 1942. Por ter sido expedido na vigência do Estado Novo, denominação dada ao regime autoritário que prevaleceu no Brasil desde 10 de novembro de 1937 até a deposição de Getúlio Vargas em 1945, já teve alguns dispositivos declarados não recepcionados desde a Constituição de 1946 (por exemplo, o § 2º do art. 2º). Em sua quase totalidade, contudo, o documento permanece vigente e vem ganhando importância, inclusive para a jurisprudência que atenta, cada vez mais, aos ditames ali contidos para se firmar a interpretação das leis segundo os fins sociais a que se destina a norma (art. 5º), o que vem se fortalecendo com a redemocratização do Brasil desde a década de 80 e as novas concepções e práticas jurisdicionais, que ampliam o papel do juiz.

Duas observações preambulares impõem-se neste passo: a primeira, a de que a despeito de conhecido e publicado aquele Decreto-lei como *Lei* e, na seqüência, como *Lei de Introdução ao Código Civil*, ela não respeita, específica e diretamente, o Código Civil. A segunda, a de que, a despeito de ser sempre publicada como um item previamente vinculado a este documento, não se tem, aqui, uma relação direta e unicamente vinculada a este Código.

A denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* cumpre um papel já enfatizado por Paulo de Lacerda, que observa que “examinando o conteúdo dos códigos, se reconhece que eles não se limitam, quase sempre, à matéria objetivada; certos assuntos outros são mesmo tratados, com desenvolvimento apreciável, em leis anexas denominadas Introdução, Lei de Introdução, Título Preliminar etc. ... É o modelo francês, estabelecido desde a primeira década do século passado.⁹ Segundo esse modelo, elabora-se um código civil, contendo o direito civil material, parte do internacional privado, e até algo do direito civil formal e do direito público... Tal modelo tem dominado, com algumas variantes”¹⁰.

A despeito de sua denominação e de sua divulgação, sempre como adendo preliminar ao Código Civil, é bem certo que não há vinculação estreita ou exclusiva entre aquela *Lei de Introdução* e o Código Civil que seria, na sua forma verbalmente divulgada, por ela introduzida. A Lei de Introdução ao Código Civil é, em sua matéria, mais de direito público que de direito privado, sendo mais norma sobre normas que norma civil ou de direito privado¹¹.

Norma normarum, lei das leis como a própria Constituição o é, a denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* é uma lei que cuida de leis, de sua eficácia, vigência e interpretação. Por isto, não substituída porque não guarda adequação plena à matéria civilmente cuidada e que respeita

⁹ Referência feita ao séc. XIX.

¹⁰ LACERDA, Paulo de – **Manual do Código Civil Brasileiro**. v. I, p. 18.

¹¹ Afirma Maria Helena Diniz que “a *Lei de Introdução ao Código Civil* contém ... normas de *sobredireito* ou de *apoio* que disciplinam a atuação da norma jurídica” (DINIZ, Maria Helena – **Direito civil brasileiro**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, v. I, p. 57). Conquanto não creia em *sobredireito*, mas num sistema jurídico que comporta e acata o princípio da hierarquia das normas, em cujo ápice se tem a Constituição, parece-me que o que ocorre, aqui, e que não guarda qualquer ineditismo jurídico, é que se tem, na denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* um cuidado de matéria constitucional pela via da legislação infraconstitucional, o que não é inédito ou absolutamente incomum. A Lei Áurea mesma é considerada, à unanimidade, uma lei materialmente constitucional, conquanto formalmente fosse lei ordinária.

aos indivíduos, continua plenamente em vigor, com o jargão jurídico-positivo que lhe foi apostado em 1942, com o quanto recepcionado pela Constituição de 1946 e as que se lhe seguiram. Deve ser enfatizado que, quanto à elaboração de normas jurídicas, o Brasil obedece, conjugada ao Decreto-lei n. 4.657/1942, a Lei Complementar n. 95, de 36 de fevereiro de 1998, que estabelece normas sobre a redação, a alteração e a consolidação das leis. Quanto à sua vigência espacial e temporal, mantém-se íntegro o Decreto-lei n. 4657/42, sendo de se interpretar a norma conforme à Constituição de 1988.

B) O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se, consoante acima salientado, por ser de princípios. O que lhe marca e demarca a natureza e a forma é a principiologia que se impõe à inteireza do sistema jurídico positivo com força normativa determinada e determinante. A marca fundamental e distintiva de sua essência é, exatamente, traçar e retraçar os princípios que configuram os veios sustentadores de toda construção jurídica e contra os quais nada pode ser considerado válido.

O constitucionalismo de princípios, hoje vigente, determina a descrição expressa de alguns dos princípios que são acolhidos nos sistemas positivados, mas permite que, ao lado dos expressos, também outros, inexpressos, explicitados ainda que não expressos, ou implícitos, componham a principiologia que se quer fazer prevalecer. A Constituição é Lei, a Lei maior em eficácia e vigor, pelo que não se lhe pode negar cumprimento ou acatamento. Por isso, os seus princípios penetram, estendem-se, configuram-se, concretizam-se, espalham-se com mais densidade e concretude vinculada a cada qual das normas que componham o ordenamento jurídico-positivo específico.

Eles são vinculantes, obrigatórios, incontornáveis e, em geral, autônomos. Daí porque o novo Código Civil, como qual nova lei ou norma de qualquer natureza e grau hierárquico, incluído aquele inferiormente dependente de lei, haverá que se fazer cumpridor dos princípios constitucionais.

III - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CODIFICAÇÃO CIVIL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

1. A espinha dorsal de uma Constituição é o seu sistema de direitos fundamentais assegurados a qualquer pessoa humana. O coração do sistema constitucional, do pensamento constitucional, da prática constitucional é

o homem, sua vida digna e sua condição social para permitir-se realizar o que lhe permita ser feliz.

A Constituição da República brasileira de 1988 erigiu em princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Não basta garantir o direito à vida, senão que a vida digna; não basta garantir a liberdade, senão *aquela* que garante a vida livre que dignifica em igualdades sociais, políticas, econômicas as pessoas humanas. Não basta existir o direito, mas aquele que realiza a justiça pensada por um povo em certo momento e em dada situação concreta. Não há direito sem justiça pensada, acreditada por um povo; não há justiça sem dignidade de todos e de cada um dos que compõem o Estado; não há direito sem princípios concretizáveis, o que depende do acatamento das prescrições constitucionais dos princípios que legitimam o sistema e tornam-no possível de ser eficaz socialmente para converter-se em eficaz juridicamente.

A Constituição da República brasileira de 1988 cuidou do homem, ou, no dizer de Ulysses Guimarães, presidente do Congresso Constituinte que a elaborou e promulgou, “o homem é o problema da sociedade brasileira... diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança.” O Código Civil promulgado em 2002 para vigorar a partir de 2003, também. O seu início e o seu fim é o homem, mas assim considerado em suas relações privadas. Todavia, como é óbvio e juridicamente incontornável, não pode ser cogitado senão com todas as garantias de que se acha investido constitucionalmente.

Daí porque o primeiro item a chamar a atenção do estudioso do novo Código Civil é a referência à pessoa. Em primeiro lugar, mantém-se o que havia no Código Civil de 1916, a saber, a menção às *pessoas naturais*. Expressão aproveitada pelo direito europeu, particularmente o francês que muito influenciou, no séc. XIX e início do séc. XX o direito latino-americano, foi ela substituída por outra, mais direta e objetiva, pessoa humana.

A referência constitucional à pessoa humana marca o direito constitucional brasileiro de 1988 (arts. 1º, III; 17; 34, VII, b; 226, § 7º; além das referências específicas à dignidade humana).

A menção civilista à pessoa natural é anterior à Constituição da República brasileira de 1988 e mantém, sem maior indagação ou questionamento, o quanto antes positivado em 1916.

Dá-se que como o Código Civil é a pormenorização do quanto constitucionalmente estabelecido, parece que seria própria a menção à pessoa humana, que é uma expressão que se fortalece pelo seu supedâneo constitucional e que tem sede no direito contemporâneo sem qualquer indagação.

2. O Código Civil remete-se, logo em seu art. 1º, à pessoa como ser “capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A pessoa aqui mencionada é a humana, o que não seria demais observar, uma vez que tanto se conjuga com o quanto constitucionalmente posto. Todavia, como se contém no capítulo a referência à matéria enucleadora dos cuidados legais, parece que se satisfaz com tal menção o legislador, o que deve ser observado pelo intérprete.

A expressão *ordem civil* deve ser referência a direitos, deveres e responsabilidades nas relações interpessoais privadas, uma vez que a ordem única e sistêmica vigente é a ordem jurídico-positiva e, portanto, não há uma ordem separada, estanque, distinta das demais, mas um único ordenamento constituído na forma sistêmica de um sistema, no qual subsistem, paralela, simultânea e conjugadamente, subsistemas que se compõem pelo atendimento pronto e permanente aos princípios insculpidos no ordenamento constitucional.

Aqui parece ter subsistido a terminologia que antecede a Constituição da República de 1988, sem qualquer ordenação ou composição com a nova sistemática adotada a partir daquela data.

Mais problemático parece ser o art. 2º, no qual se dispõe que:

“Art. 2º – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Deve ser anotado, preliminarmente, que a personalidade *civil* da pessoa soa duplamente estranho: em primeiro lugar, porque a referência à *civil* parece fazer supor a existência de personalidade criminal etc., o que não se dá no direito brasileiro. A referência à capacidade civil tem lugar e cabimento, uma vez que é legítima a menção à capacidade política, à capacidade eleitoral, à capacidade para exercer cargos e empregos administrativos, etc., mas a personalidade não tem o desdobramento que poderia o mais desavisado supor em face do quanto positivado na norma em foco.

É certo que se tem no art. 50, do mesmo Código, que “*em caso de abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações civis sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A referência ali feita à *personalidade jurídica* parece servir de base para uma interpretação possível sobre a menção à personalidade civil, que seria o seu contrário. Nada disto, entretanto, tem assento na doutrina ou no ordenamento normativo-jurídico do sistema brasileiro, pelo que a utilização novidadeira não parece, de toda sorte, a mais feliz.

Ademais, *personalidade ... da pessoa* (art. 2º) faz soar estranha a redação da norma, sendo aqui de se lembrar a advertência de Ruy, segundo o qual “são as codificações monumentos destinados à longevidade secular; e só o influxo da arte comunica durabilidade à escrita humana, só ele marmoriza o papel, e transforma a pena em escopro. Necessário é, portanto, que, nestas grandes formações jurídicas, a cristalização legislativa apresente a simplicidade, a limpidez e a transparência das mais puras formas da linguagem, das expressões mais clássicas do pensamento. Dir-se-á que ponho demasiado longe, alto em demasia, a meta, que a sublimo a um ideal praticamente irrealizável. Mas eu não exijo que igualemos essa perfeição custosa e rara. Basta que, ao menos, dela nos acerquemos, não a podemos alcançar; que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solecista. Porque, se não tem vernaculidade, clareza, concisão, energia, não se entende, não se impõe, não impera; falta às regras da sua *inteligência, do seu decoro, de sua majestade*”¹².

Personalidade somente pode se referir, no direito à pessoa, pelo que afirmar-se, em norma jurídica, que *a personalidade ... da pessoa começa...*” parece afrontar qualquer das ponderações aludidas por Ruy Barbosa há exatos cem anos sem aprender-lhe as lições.

Ademais, reitere-se, personalidade civil não encontra eco nas idéias prevaletentes juridicamente, uma vez que não há adjetivação infraconstitucional da personalidade.

Firma-se na doutrina juscivilista a noção de que personalidade é o conceito enucleador de todo o Direito¹³. Não! O que se tem como definição

¹² BARBOSA, Ruy – **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Nova Aguillar S. A., p. 905.

¹³ Cf. , dentre outros, DINIZ, Maria Helena – *Op. cit.*, p.

constitucional fundamental no direito contemporâneo – incluído no direito brasileiro que demarca a sede de elaboração juscivilista – é a de pessoa e tudo o que daí advém e que é resguardado pelo direito. E neste sentido o que é fundamental é a dignidade que permite a expressão livre da personalidade, e não essa, que é uma manifestação da existência digna e livre daquela.

3. À parte a referência à pessoa e à personalidade, quanto à capacidade civil, que é matéria típica e originariamente cuidada pela legislação juscivilista, deve ser anotado que parece não ter o legislador de 2002 levado em consideração os cem anos de modificações constitucionais que erigiram novos preceitos normativos fundamentais.

Assim que se verifica no inciso III do parágrafo único do art. 5º do novo Código Civil brasileiro que *“cessará, para os menores, a incapacidade... III – pelo exercício de emprego público efetivo.”*

A Constituição da República brasileira de 1988 estabelece, no art. 37, II, distinção insuperável entre cargo e emprego público. O cargo público, e somente ele, pode dotar-se da qualificação de provimento efetivo, não havendo a efetividade de emprego público na Administração Pública. O emprego é qualidade de uma ocupação transitória, efêmera, não dotado da qualidade de provimento efetivo. A repetição da norma do Código de 1916, de que aqui se cuida, não autoriza o entendimento de que se cuida de uma negligência ou desconhecimento, senão que de desimportância inegável atribuída ao texto constitucional – o que não é aceitável ou permitido juridicamente quase quinze anos após a sua promulgação - ao qual bastaria uma breve passada de olhos para se verificar a mudança administrativista processada nas definições agora adotadas e que já perpassam a legislação e a jurisprudência quanto a estes termos.

Também merecerá uma interpretação sistêmica dos juízes e tribunais pátrios a referência havida à averbação dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação, bem assim aqueles de adoção. É que qualquer formalização e exposição a público – como é próprio da averbação – dos documentos que distingam entre os filhos poderá ensejar ou ser considerado, a uma, desigualador das condições naturais da pessoa e, a duas, determinante de uma exposição a público de dado referente exclusivamente à pessoa, em violação a seu direito constitucional à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, da Constituição da República).

4. O cap. II do título I do Livro I do novo Código Civil refere-se aos *direitos da personalidade*.

Cabe, também aqui, uma palavra quanto à terminologia aproveitada pelo legislador civil. Segundo Carlos Alberto Bitar, em obra monográfica sobre o tema, “... consideram-se como da personali-

de os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.”¹⁴

O confronto deste conceito, doutrinariamente oferecido, com as definições normativas contidas nos documentos constitucionais ou internacionais dos direitos fundamentais conduzem à inexorável conclusão de que se cuidam de um mesmo dado subjetivo e de uma mesma contingência jurídica objetiva. Por exemplo, é o que se pode verificar da leitura simples e objetiva do art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da ONU de 1948, segundo a qual “todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, sexo, língua, religião, opinião política ou e outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”¹⁵

Se os direitos da personalidade são aqueles referidos constitucionalmente como os direitos fundamentais, a sua expressão, a sua manifestação ou a sua exposição nas relações sociais, como se contém nos trabalhos de direito civil e nos comentários feitos sobre as normas recém-vigentes, fica ainda mais difícil perceber e aceitar a referência feita, uma vez que

*a)no art. 52 do Código Civil se contém que “aplica-se às **pessoas jurídicas**, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.*

Os direitos fundamentais individuais, vale dizer, dos indivíduos, são inatos ao ser humano, não podendo ser estendido, menos ainda por decisão normativa infraconstitucional, a qualquer

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto – *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1.

¹⁵ Ensina José Afonso da Silva que “direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada... porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.... A expressão direitos fundamentais do homem ... não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem” (SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 182).

criatura jurídica dotada de personalidade pelo só desejo do legislador;

b)no livro IV da Parte Especial – do direito de família – o Código Civil apresenta o título I com a referência ao “direito pessoal”.

Direito pessoal vem a ser o da pessoa, como é óbvio. Direito pessoal, direito da personalidade e direito fundamental da pessoa são ou se põem a ser uma mesma realidade a ser protegida pelo direito brasileiro?

É imprescindível que venha a prevalecer interpretação que assegure a coerência entre as normas civis vigentes e o seu fundamento constitucional, incluídos os elementos que contém definições tão importantes para os indivíduos e suas criações jurídicas, incluídas as pessoas, sob pena de se ter uma confusão de difícil desfazimento e de graves conseqüências em tema que não o admite.

O que chama, contudo, a atenção não é somente a disparidade dos termos e expressões utilizadas constitucionalmente e na legislação civil, senão a confusão de dados definidores havidos no novo Código e que terão de ser harmonizados com o quanto constitucionalmente posto.

Assim é que, à guisa de exemplo, tem-se o disposto no art. 11, do novo Código Civil, segundo o qual: *“com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”*

Característica dos direitos fundamentais é que são eles intransmissíveis e irrenunciáveis (além de intransferíveis, inatos, etc.) não podendo o seu exercício ser restringido ou limitado, senão na forma constitucionalmente legitimada, independente da vontade. Assim é em relação ao direito à vida e compõe a essência deste direito combinado com aquele que se refere à liberdade.

Nos termos postos na letra simples da norma civil, em cujo ramo do direito predomina a autonomia da vontade, é de se perguntar se pode haver exceção à liberdade constitucionalmente assegurada em relação à natureza nuclear dos direitos fundamentais da pessoa. A norma, conforme antes acentuado, dependerá de interpretação que somente poderá prevalecer no sistema se composta e compossível com a natureza normativa fundamental da previsão constitucional (art. 5º).

De outra parte, a norma civil contida no art. 12 do novo Código, ademais da indeterminação do sujeito, das condições de exercício do direito e contra quem se há de exigir o que ali se faculta, somente poderá prevalecer, identicamente, se interpretada conforme a Constituição, uma vez que se

cuida de norma contenedora de elementos que dependem da complementação dos dados de esclarecimento para a sua eficácia plena e válida.

Por igual, a norma do art. 13 demanda interpretação segundo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade que conduz a leitura e aplicação dos direitos fundamentais.

O art. 15, à sua vez, contém expressão que constitui complicador grave para a interpretação, uma vez que ali se dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A principiologia constitucional, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais da pessoa humana, não permite que quem quer que seja constrangido a submeter-se a tratamento médico, com ou sem risco de vida, pela singela circunstância de que o direito à liberdade é assegurado plenamente, salvo as restrições legais, que não se afirmam quanto à subsunção a tratamento médico.

O art. 18 estabelece que “sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.”

Ao mais desavisado poderia parecer que somente em propaganda comercial não se poderia usar o nome alheio, uma vez que apenas para esta está prevista, expressamente, na norma a vedação.

Todavia, o nome é direito personalíssimo, que não pode ser utilizado senão pela própria pessoa, que pode transmitir a outrem o seu uso, mas sempre como manifestação do titular deste direito. Daí porque, para fins comerciais, ou não, o uso de nome alheio é vedado por força do sistema constitucional vigente.

Por igual, parece-me que o art. 20 do novo Código Civil haverá que receber interpretação que permita combinar os direitos de quem divulga o escrito ou transmite a palavra, por exemplo, com os direitos de quem é deles autor. É que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais não podem ser garantidos a uma pessoa excluindo de sua garantia o outro. O princípio haverá que ser garantido com outro, ponderando-se o que sobreleva, mas sem se afastar, anular-se, aniquilar-se direito.

Os direitos fundamentais impõem a ética da compreensão e a da solidariedade, que não podem ser desconhecidas ou mantidas desavisadas ao argumento de que a vontade autônoma sobrepõe-se a qualquer expressão da liberdade. Por isso é que todas as normas civis referentes aos direitos fundamentais não podem desconhecer os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da responsabilidade jurídicas.

Afinal, o homem é que é definitivo. O mais são normas, direitos que apenas servem ao ser maior sujeito-início, princípio e fim da construção do direito e objetivo permanente de justiça. Direito não se descuida ou acaba sem jeito.

O título III do Livro I, da Parte Geral, que cuida do domicílio, manteve situação que vem sendo objeto de preocupação dos trabalhadores do Direito. É que a distinção civil feita no Código de 1916 e agora repetido no de 2002 entre domicílio e residência não atenta ou atende ao que se contém na Constituição, mormente no art. 5º, no qual se estabelece a garantia obrigatória pelo Estado dos direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros *residentes* no País.

Como o Código Civil faz distinção entre domicílio e residência, para essa acentuando a possibilidade de ser plural, haverá que se delinear jurisprudencialmente o conteúdo da norma para não restringir direitos fundamentais e deveres intransponíveis do Estado a serem honrados para a sua plena garantia.

Apenas à guisa de observação, deve ser mencionado que o art. 75 do Código Civil determina que o domicílio da União é o Distrito Federal – o que, em 1916, correspondia à capital da República -, enquanto a Constituição, em seu art. 18, preceitua que a capital da União é Brasília.

IV – O PODER PÚBLICO E O TRATAMENTO CIVIL DOS SEUS BENS

No capítulo I do título II, referente às pessoas jurídicas, o Código Civil refere-se às *pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado* (art. 41, parágrafo único; art. 99, parágrafo único).

Entretanto, os publicistas têm enfatizado as suas críticas a tal referência, uma vez que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*não há, nem pode haver pessoa de direito público que tenha estrutura de direito privado, pois a estrutura destas entidades auxiliares é um dos principais elementos para sua categorização como de direito público ou de direito privado.*”¹⁶

O art. 101 do novo Código Civil inaugura entendimento que vinha prevalecendo em face da jurisprudência predominante, segundo a qual somente os bens afetos à prestação de serviços públicos (bens de

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 780.

uso comum e de uso especial) é que são dotados da característica de inalienabilidade. Tem-se no art. 100 que este atributo somente prevalece enquanto os bens estiverem comprometidos pela afetação ao serviço público e, por isso, forem destinados ao uso comum e ao uso especial do povo.

Tal como observado quanto à referência às pessoas administrativas dotadas de estrutura e submetidas ao regime jurídico predominante de direito privado quanto a seu desempenho, também o parágrafo único do art. 99 não encontra ressonância ou respaldo nos princípios constitucionais, mormente aqueles expressos ou implicitamente postos no art. 37 e seguintes da Constituição da República.

Deve ser anotado que a referência às pessoas que compõem a Administração Pública foram distinguidos no novo Código Civil segundo o quanto aceito constitucionalmente, o que configura ponto positivo.

Também se consideram adaptados na nova legislação civil os dispositivos referentes aos bens do subsolo (art. 20, IX e 176, da Constituição da República), que já recebem tratamento fundamental, independente de referência expressa do legislador civil.

V – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República estabelece, expressamente, em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade das pessoas jurídicas *de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos*. O novo Código Civil refere-se à matéria em seu art. 43, ficando, contudo, aquém do quanto constitucionalmente disposto, especialmente em relação à pessoa de direito privado prestadora de serviços públicos, o que não se altera, entretanto, em face do quanto estabelecido na Lei Fundamental da República.

A importância desta ênfase está em que mesmo a responsabilidade subsidiária do Estado quanto aos atos lesivos havidos contra alguém e praticado por particular no desempenho de serviço público está amparado constitucionalmente, pelo que não pode ser desconhecido pela ausência de norma civil expressa.

VI – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO DE EMPRESA

Ao cuidar da ordem econômica, a Constituição da República de 1988 estabelece os princípios que a informam e que têm aplicação plena, pela sua

natureza, e eficácia incontestável. Assim, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social são os elementos determinantes da dinâmica econômica, formando e conformando o desempenho empresarial.

Ao inaugurar cuidado específico com o direito de empresa (livro II da Parte Especial), o Código Civil inaugura legislação infraconstitucional que se conforma com os princípios constitucionalmente adotados, especialmente os que se referem ao princípio da função social das atividades e de todos os bens (art. 170 e seus incisos II e III) que têm de se voltar aos interesses da sociedade, bem como para garantir a pessoa a que se destina a prestação da atividade econômica.

De se ressaltar também a função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil), antes nunca mencionada e que se ajustam, perfeitamente, ao quanto constitucionalmente encarecido no sistema fundamental vigente nos últimos quinze anos.

VII – DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROPRIEDADE E CUIDADO CIVIL DA PROPRIEDADE

Quanto ao direito de propriedade, realce dado à propriedade cujo direito recaia sobre bem imóvel, que é tema enfatizado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXII, XXIII e XXIV, art. 182 a 191, da Constituição da República), o Código Civil vai além do quanto disposto no texto do art. 524, do Código Civil de 1916, como não poderia deixar de ser.

Aquele documento civil fora preparado sob a égide da Constituição de 1891, único documento fundamental do direito positivo brasileiro a estatuir que “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude...” (art. 72, § 17).

Não obstante aquele preceito - que se justificava como tentativa de pacificar os senhores de terras, preocupados em razão da abolição da escravatura que poderia, segundo o seu preocupar, ensejar novas *expropriações* (*sic*) – a jurisprudência dos tribunais cuidou de adaptar aquele preceito aos novos ditames constitucionais. Modificada a natureza, a extensão e os efeitos do direito de propriedade a partir da Constituição brasileira de 1934 (preparada segundo os pensamentos predominantes a partir da Constituição de Weimar, de 1919), a norma do art. 524 do Código Civil de 1916 passou por verdadeira mutação (mudança informal da norma), a fim de persistir segun-

do o princípio da função social da propriedade que logrou persistir a partir daquele período.

A Constituição de 1988 encareceu o princípio da função social da propriedade (o qual, conforme acentuado, estendeu-se naquela Lei Fundamental a toda atividade econômica, em orientação expressamente seguida pelo Código Civil de 1916), expressando-o, em nível legal o legislador civil de 2002, no art. 1228, § 1º.

Parecendo combinar-se com aquele princípio, se tem o § 2º do mesmo dispositivo legal, o qual, todavia, contamina-se por disposição extremamente embaraçada e de difícil compreensão, pois impede tanto a liberdade de dispor do bem quanto de se exercer o direito de propriedade quando não haja contrariedade ao bem público ou intenção de prejudicar outrem.

O § 3º do mesmo art. 1228 não se compadece com as normas de direito público, menos ainda com a inteligência aceita do direito de propriedade constitucionalmente assegurado com limitações (art. 5º, XXIV, da Constituição da República). O que a Constituição da República garante é o direito de propriedade, vale dizer, a propriedade desenhada no sistema constitucionalmente adotado, no qual se contempla a desapropriação como instrumento do Poder Público para a concretização do interesse público. Por isso é que a requisição não é posta constitucionalmente como hipótese de *privação* da coisa (art. 5º, XXV), senão que limitação precária a seu direito de uso temporariamente.

Mais complicada parece ser a construção jurisprudencial para dar plena eficácia ao preceito previsto no § 4º do art. 1228 do Código Civil, pleno de conceitos indeterminados e que convertem a competência judicial em discricionariedade difícil de ser contornada, mas que, tal como se tem entendido, não pode prevalecer sem que haja critérios objetivos a serem acatados e fundamentados na decisão prolatada.

Deve ser anotado que algumas normas referentes à desapropriação e que prevaleciam com base em interpretação doutrinária e jurisprudencial oferecida ao Decreto-lei n.3.365/41 foram alteradas pela nova legislação, como o direito de reaver o bem (art. 519 do Código Civil) em retrocessão entendida como direito real e que já não mais comporta debate em face dos termos legais estritos.

VIII – O HOMEM E A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL

Ao centrar o sistema constitucional no homem (o qual foi enfatizado até mesmo na topografia normativa para bem acentuar o núcleo da constru-

ção jurídica da política a ser implementada), a Constituição da República sinalizou o cuidado a ser oferecido a todas as pessoas e às formas aceitáveis de configuração social. O afeto fez-se fonte de direitos e de cuidados.

O princípio constitucional da igualdade, aquele que mais vezes foi expressamente enfatizado pelo constituinte de 1987/88, compareceu fortemente no novo Código Civil, especialmente quanto aos cônjuges, aos filhos, interferindo até mesmo na nova concepção de direitos sucessórios.

Conquanto se tenha sob questão alguns dispositivos, que têm de receber interpretação conforme para serem considerados válidos (hipótese, por exemplo, dos arts. 1565, § 2º, 1566, II, do Código Civil), é bem certo que houve a preocupação, em primeiro lugar, de se adequar e sistematizar o quanto esparso em legislação que não se coadunava com princípios ordenados e, em segundo lugar, de se formalizar o quanto aceito pela jurisprudência que tinha cuidado de dar acolhimento ao que a sociedade já absorvera pelos costumes.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro fez-se mais popular nos últimos anos. Poder-se-ia dizer que se democratizou, conquanto ainda não se tenha um verdadeiro sentimento de Constituição ou sentimento do Direito na sociedade. Mas transformações na raiz de modelos políticos que não contemplaram, em sua raiz histórica, a participação do povo nas formulações constitucionais e legais acabam por se fazerem mais lerdas e difíceis.

O Código Civil, que vem de iniciar a sua trajetória viva, tende a acentuar o que desde a década de 80 do séc. XX se vem mostrando: a vontade de que se mostram dispostas as pessoas de conhecer e exigir os seus direitos. Como direito ignorado é direito não reivindicado, o brasileiro busca, agora, fazer-se ciente do quanto conquistado.

As normas civis somente são válidas – como qualquer norma infraconstitucional – quando compatíveis, consoantes, conformes ao sistema constitucional, especialmente quanto aos seus princípios. Por isto é que compete aos advogados e juízes, em especial, fazer com que a interpretação a prosperar mantenha as normas recentemente iniciadas em sua vigência, a fim de que o brasileiro veja-se abrigado por direito justo e perfeitamente compatível com a Constituição, em respeito ao princípio da justiça constitucional e da segurança jurídica.

Não há leis perfeitas, por serem obras do homem, imperfeito em si e em sua criação. Fazer leis, lembrava Maquiavel, é a obra mais difícil do Príncipe. Mas o imperfeito dá-se ao aperfeiçoamento, podendo ser melhorado pelos instrumentos legítimos e, em especial, pela ação conjunta daqueles que têm a função de fazer operante, eficaz e eficiente tanto quanto o legislador em benefício da sociedade, que precisa de leis atuais para viver segundo ela. A vida não estanca perante a lei defasada da idéia de Justiça contemplada pela sociedade e esvaziada em sua eficácia social.◆